

UNIÕES HOMOAFETIVAS E OS DIREITOS HUMANOS

*Maria Berenice Dias**

Firmando a Constituição a existência de um Estado Democrático de Direito, tende à realização dos direitos e das liberdades fundamentais. O núcleo do atual sistema jurídico, ocupando uma posição privilegiada no texto constitucional - está no inc. III do art. 1.º, é o respeito à dignidade humana.

O grande pilar que serve de base à Constituição é a consagração dos princípios da liberdade e da igualdade. Tais enunciados não podem-se projetar no vazio, não se concebendo sejam normas programáticas, sendo necessário reconhecer sua eficácia jurídica, recebendo o Direito de Família o seu influxo.

O inc. I do artigo 5º estabelece que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*, e o inc. IV do art. 2º consagra a promoção do bem de todos sem preconceitos de sexo.

Se a orientação sexual é baseada em fatores biológicos ou fisiológicos, inquestionavelmente é uma característica pessoal que se insere em uma aura de privacidade do cidadão cercada de muitas garantias constitucionais. A valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do estado democrático de direito não pode chancelar qualquer discriminação baseada em características pessoais individuais, repelindo-se qualquer restrição à liberdade sexual, não se podendo admitir desrespeito em função da orientação sexual.

O Direito passou a valorizar a afetividade humana, abrandando preconceitos e formalidades sociais e legais.

*Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

As relações familiares impregnam-se de autenticidade, sinceridade e amor, deixando de lado a hipocrisia da legalidade estrita.

O estigma do preconceito não pode permitir que um fato natural não se sujeite a efeitos jurídicos. Não se pode impor a mesma trilha percorrida pela doutrina e pela jurisprudência nas relações entre um homem e uma mulher fora do casamento e que levou ao alargamento do conceito de família, por meio da constitucionalização da união estável.

Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual.

Ao serem visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é de reconhecer-se que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade, pois compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se assim de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.

Também não se pode deixar de considerar a livre orientação sexual como um direito de segunda geração, por dar origem a uma categoria social, que deve ser protegida, por ser considerada hipossuficiente, pressuposto e causa de um especial tratamento dispensado pelo direito. A hipossuficiência não deve ser identificada somente sob o viés econômico. A hipossuficiência é social e, por reflexo, é jurídica. Trata-se de deficiência de normação jurídica, deixando à margem ou à míngua do direito uma certa categoria social, tão-

somente por algum preconceito ou discriminação, cujo critério nem sempre é o econômico.

Não se pode, portanto, deixar de incluir como hipossuficientes os homossexuais. Pois, mesmo quando fruem de uma condição econômica suficiente, eles são socialmente e, por reflexo preconceituoso, juridicamente hipossuficientes.

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém genericamente, solidariamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana. Entre eles, imperioso enxergar a presença do direito de todo ser humano de exigir o respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um que deve ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos, solidariamente. É um direito de solidariedade, sem cuja implementação a condição humana não se realiza, não se integraliza.

A sexualidade é, assim, um elemento integrante da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Por isso, é totalmente descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, isto é, pré-conceitos, ou seja, com conceitos fixados pelo conservadorismo do passado e engessados para o presente e o futuro.

As relações sociais são dinâmicas. Não compactuam com preconceitos que ainda se encontram encharcados da ideologia machista e discriminatória, própria de um tempo já totalmente ultrapassado pela história da sociedade humana. Necessário é pensar com conceitos jurídicos atuais, que estejam à altura de nosso tempo.

Indispensável é reconhecer que os vínculos homoafetivos são muito mais do que meras relações homossexuais. Em verdade, configuram uma categoria

social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada, mas deve ser cuidada pelos conceitos científicos do direito. Sob pena de o Direito falhar como Ciência e, o que é pior, como Justiça.

Está na hora de o Estado – que se quer democrático e que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana – deixar de sonegar o timbre jurídico – a juridicidade – a tantos cidadãos que têm direito individual à liberdade, direito social a uma proteção positiva do Estado e, sobretudo, direito humano à felicidade.